

Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice

amministrativo

di

Mario Midiri*

SOMMARIO: 1. Quali poteri pubblici nell'emergenza? – 2. La solitudine del Presidente del collegio. – 3. Una garanzia processuale *praeter legem*: il doppio grado monocratico in funzione rimediale. - 4. I decreti presidenziali di rigetto: motivazione. - 5. Il *focus* sui diritti fondamentali: il caso Messina innanzi al Consiglio di Stato.

1. Quali poteri pubblici nell'emergenza?

Mai il potere pubblico si manifesta con tutta la sua forza come quando incide la sfera dei diritti fondamentali. E nell'emergenza coronavirus il potere non è soltanto quello statale, ma delle autorità locali e regionali, titolari di competenze d'urgenza delimitate nei presupposti di esercizio dalla normativa statale, generale¹ e speciale. I

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Modena-Reggio Emilia.

¹ Com'è noto, in base all'art. 32, legge n. 833/1978, il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. Dette ordinanze possono essere adottate anche dal presidente della giunta regionale e dal sindaco, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. L'art. 197, d.lgs. n. 112/1998, ancora più chiaramente, circoscrive l'ammissibilità delle ordinanze contingibili e urgenti del sindaco, quale rappresentante della comunità locale, alle "emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale". Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza spetta allo Stato o alle regioni "in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali" (comma 1). Il comma 2 di detto art. 197 aggiunge, a scanso di equivoci, che "in caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie *fino a quando non intervengano i soggetti competenti* ai sensi del comma 1". Norma analoga all'art. 197, d.lgs. n. 112/1998 è posta dall'art. 50, t.u. enti locali, d.lgs. n. 267/2000, che insiste sul "carattere esclusivamente locale" delle ordinanze di emergenza sanitaria adottate dal sindaco quale rappresentante della comunità locale. Le anzidette disposizioni sono tutte richiamate dall'art. 3, comma 2, decreto-legge 23/02/2020 n. 6: il che è stato inteso da enti

decreti-legge emanati per far fronte all'emergenza coronavirus, il n. 6 del 23 febbraio e il n. 9 del 2 marzo, e i plurimi d.P.C.M. via via adottati², hanno lasciato aperto uno spazio che è stato utilizzato dai presidenti di regione ed anche dai sindaci³: in alcune situazioni, per incontestabili ed acute esigenze locali (come l'istituzione di specifiche "zone rosse" e quarantena obbligatoria per l'intera comunità interessata); in altri e numerosi casi, sulla base di invocate ragioni di contenimento, "ulteriori" rispetto a quanto prescritto dai DPCM. E contro queste ultime misure regionali e locali – di insicuro fondamento, vista l'estensione nazionale dell'emergenza⁴ – si è invocata la

locali e regioni come permissivo dell'esercizio del potere di ordinanza. L'art. 3, d.l. n. 6/2020, è stato abrogato dall'art. 5, comma 1, lettera a), d.l. 25 marzo 2020, n. 19, su cui v. *infra* alla nota 3.

² L'approccio *try and learn* delle autorità sanitarie e degli esperti consultati, dopo la dichiarazione dello stato di emergenza con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, si è tradotto in progressivi aggiustamenti delle misure di contenimento. Il Governo si è "coperto" con le indicazioni del Comitato tecnico scientifico di cui all'art. 2, ordinanza Capo Dipartimento protezione civile 3.02.2020, n. 630: v. i dPCM 22.03.2020, in G.U. n. 76 del 22-3-2020 (sospensione delle attività produttive) e, da ult., il dPCM 26.04.2020, in G.U. n. 108 del 27-4-2020 (inizio della c.d. "fase 2"), con richiamo dei verbali delle riunioni di detto Comitato. Rileva però A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato in federalismi.it*, che nei precedenti dPCM (1, 8, 9 marzo 2020), non è riportata una valutazione scientifica del rischio, a giustificazione delle misure precauzionali. Sulle zone di oscurità nella catena decisionale che dal Comitato tecnico scientifico conduce al capo della protezione civile e infine al Presidente del Consiglio, v. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 6/2020.

³ Dinanzi al proliferare di ordinanze sindacali di svariato contenuto, il Governo - dopo avere lasciato una porta socchiusa con il citato art. 3, comma, 2, d.l. n. 6/2020 - è corso ai ripari. Il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9, all'art. 35, precisa che «A seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali». Norma ribadita, con ancora maggiore chiarezza, dall'art. 3, comma 2, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 («I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1»). L'art. 3, comma 1, d.l. n. 19/2020, cit., con formula non priva di ambiguità («nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ... e con efficacia limitata fino a tale momento»), autorizza le regioni, in relazione a «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», ad introdurre misure ulteriormente restrittive «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Sempre il d.l. n. 19/2020, all'art. 1, comma 2, richiama quali parametri delle misure restrittive i «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (corsivo ns.).

⁴ Sull'esaurirsi del fondamento giuridico di validità del potere di ordinanza regionale, stante la dimensione nazionale della situazione epidemica, fronteggiata dagli organi statali, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020. È

tutela cautelare del giudice amministrativo, nella forma della sospensione dell'atto. Strumento che per le sue valenze paralizzanti è applicato in genere con prudenza, e ancor più nell'emergenza da covid-19. Da qui il prevedibile rigore della verifica del "pregiudizio grave e irreparabile" – previsto dall'art. 55, cod. proc. amm. per le misure collegiali – ancor più della "estrema gravità ed urgenza" che è richiesta dall'art. 56 c.p.a. per la sospensione mediante decreto monocratico.

2. La solitudine del Presidente del collegio

Considerati i tempi processuali per ottenere la pronuncia cautelare collegiale⁵ e le difficoltà di organizzazione del processo poste dalla situazione d'emergenza⁶, è stato proprio il potere monocratico, esercitato dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale o da un suo delegato, ad essere frequentemente invocato. Tra i ricorrenti troviamo: lavoratori insorti contro misure regionali o comunali ritenute ingiustamente gravose, perché più restrittive rispetto allo standard nazionale⁷; *runner* sorpresi sul lungomare⁸; genitore e figlio beccati in passeggiata, pur se nei pressi dell'abitazione, nonostante la garanzia di una minima attività motoria accordata dalle prescrizioni

stata anche ricordata (S. Cassese) la competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale, *ex art. 117, 2° comma, lettera q)*, Cost.

⁵ Non mancano, peraltro, casi di pronunzie collegiali: v., anche per il richiamo al principio di proporzionalità, Tar Campania, Napoli, V sez., ord. n. 826/2020, di rigetto della domanda cautelare avanzata da una clinica privata destinataria di ordini di sanificazione e di chiusura impartiti dalle competenti autorità sanitarie regionali.

⁶ I giudici amministrativi, grazie al buon funzionamento del processo amministrativo telematico, hanno apprezzabilmente proseguito l'attività anche durante l'emergenza, sia pure con il grave problema della perdita della fase orale. Sulle questioni processuali emerse, v. R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *giustizia-amministrativa.it*; N. PAOLANTONIO, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più "speciale"*, in *giustamm.it*, n. 4-2020; C. SALTELLI, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 d.l. 27 marzo 2020, n. 18*, in *giustizia-amministrativa.it*; M.A. SANDULLI, *Riflessioni "costruttive" a margine dell'art. 36, co. 3, d.l. n. 23 del 2020. Proposte per una possibile soluzione per contemperare il diritto al "pieno" contraddittorio difensivo con le esigenze organizzative nei giudizi amministrativi*, in *giustizia-amministrativa.it*; ID., *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 d.l. n. 18 del 2020)*, in *federalismi.it*; C. VOLPE, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in *giustizia-amministrativa.it* e *infra* alla nt. 14.

⁷ Tar Calabria, decreto presid. n. 165/2020 (il ricorrente è un bracciante agricolo) e Cons. Stato, III sez., decreto presid. n. 1553/2020, che per la sua importanza sarà esaminato estesamente *infra* (i decreti presidenziali citati sono reperibili in *giustizia-amministrativa.it*)

⁸ Tar Campania, Napoli, V sez., decreto presid. n. 416/2020.

nazionali⁹; madri e padri di famiglia con limiti numerici di uscite settimanali per fare la spesa¹⁰. Abbiamo anche il ricorso di un comune (affiancato da un comitato civico) che si è rivolto al presidente del Tar per ottenere la riapertura di reparti ospedalieri chiusi dalla Asl in concomitanza con l'emergenza coronavirus¹¹.

I Presidenti si sono così trovati nell'imbarazzante posizione di destinatari di richieste cautelari di alto impatto politico-sociale¹², da decidere in solitudine, senza le garanzie del contraddittorio, e con udienze camerale per forza di cose non ravvicinate nel tempo. Soli senza la forza istituzionale che viene dalla decisione collegiale. E con l'ulteriore aggravio della tramutazione *ex lege* delle domande cautelari in domande monocratiche, prevista, per questa fase d'emergenza, dall'art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18¹³.

⁹ Tar Sicilia, Palermo, I sez., decreto presid. n. 458/2020 (anche in *dirittifondamentali.it*), con riferimento alle severissime ordinanze Pres. Reg. sic. n. 6 del 19.03.2020 e n. 16 dell'11.04.2020. Nel ricorso si richiamava quale parametro la più tollerante prescrizione del dPCM 10.4. 2020, che consente attività motoria nei pressi dell'abitazione e mantenendo la distanza di un metro (art 1, comma 1, lettera f).

¹⁰ Tar Sardegna, Cagliari, I sez., decreto presid. n. 122/2020.

¹¹ Tar Puglia, Lecce, sez. II, decreto n. 321/2020: nega la sospensione della nota ASL "Emergenza COVID 19- Riorganizzazione P.O. Ostuni", ma ordina incompetenti istruttori in vista della camera di consiglio cautelare.

¹² Non sono qui esaminati i casi di richiesta cautelare monocratica che toccano determinazioni del Governo. V., comunque, il ricorso con domanda cautelare monocratica, con cui il Codacons ha impugnato il dPCM 10.04.2020 perché il Comitato di esperti in materia economica e sociale, istituito con il compito di proporre misure per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, nonché per la ripresa graduale nei diversi settori, non comprende soggetti esperti esponenti del mondo dei consumatori, nonché dei settori produttivi, della cultura, dello sport, dei consumatori, etc. Il Tar Lazio, decreto pres. I sez., n. 2915/2020, ha osservato che la scelta dei membri del Comitato – oltre ad avere natura di atto di alta amministrazione – non appare irragionevole, visto che si è valorizzata l'esperienza professionale dei componenti, e non la capacità rappresentativa degli interessi, diffusi o di categoria, coinvolti dall'emergenza sanitaria.

¹³ V. l'art. 84, d.l. n. 18/2020, che ha abrogato l'art. 3 del decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11 e ha introdotto nuove misure sul processo amministrativo, applicabili dall'8 marzo 2020 al 15 aprile 2020, e ulteriormente fino al 30 giugno 2020. In base a questa "tramutazione *ex lege*" della domanda cautelare collegiale in monocratico, si applica - come chiarito dal Presidente del Consiglio di Stato in una inedita (ed opportuna) nota esplicativa - il rito previsto dall'art. 56 c.p.a., comma 1. Occorre dunque: 1) la presentazione dell'istanza di fissazione d'udienza; 2) che sussista la competenza del Tar adito; 3) si segue la disciplina delle notificazioni *ex* comma 2 dell'art. 56 c.p.a.; 4) è possibile una previa audizione delle parti senza formalità, per iscritto o con collegamento da remoto; 5) è possibile la subordinazione a cauzione; 6) si deve fissare la camera di consiglio collegiale. La nota del Presidente del Consiglio di Stato 19 marzo 2020, prot. int. 1454, è consultabile in *giustizia-amministrativa.it*.

3. Una garanzia processuale praeter legem: il doppio grado monocratico in funzione rimediabile

In base al codice del processo amministrativo (art. 56, comma 2), il decreto monocratico cautelare è concesso nei soli casi in cui la “estrema gravità ed urgenza” non consenta di attendere la pronunzia del collegio. Il decreto non è impugnabile: ciò si spiega considerando che una volta effettuate le notifiche alle controparti avrà luogo la camera di consiglio sulla domanda cautelare, non pregiudicata (almeno in via astratta) dalla decisione presidenziale.

In casi eccezionali, peraltro, il Consiglio di Stato ha ammesso l’impugnazione del decreto presidenziale del Tar. Questi precedenti – rari e proprio per la loro eccezionalità estesamente motivati: v. Cons. Stato, sez. IV, decreto n. 5971/2018; sez. III, decreto n. 5650/2014 – sono tornati in auge durante il periodo dell’emergenza, quando si è posta l’esigenza di assicurare un effettivo canale di tutela dinanzi alla possibile e irreversibile compromissione, nei tempi tecnici del procedimento cautelare, del bene della vita preteso, costituzionalmente protetto. E così il Presidente della III Sezione del Consiglio di Stato, nel decreto 30 marzo 2020, n. 1553, si è determinato in senso favorevole all’ammissibilità, invocando lo spessore costituzionale del diritto invocato dal ricorrente (il diritto al lavoro) e confermando così un orientamento sensibile alla prevalenza dei principi nella concreta erogazione della tutela, anche a scapito della lettera della norma processuale. Tendenza che è emersa anche in altro ambito – a proposito della norma a tempo sul “processo cartolare coatto” introdotta dall’art. 84, comma 5, decreto-legge n. 18/2020 – con due ordinanze della VI Sezione che affermano il primato della interpretazione costituzionalmente conforme (canone non riducibile a «mero argomento persuasivo per la risoluzione delle antinomie normative», bensì «regola precettiva per l’ascrizione di significato»; ne è seguita una sostanziale, parziale disapplicazione della norma citata in nome dei principi del giusto processo)¹⁴.

¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, ordinanze 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539, sull’art. 84, comma 5, d.l. n. 18/2020, di cui è bene ricordare il testo: “Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, *passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati*, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell’art. 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso. Le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione. Il giudice, su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia

I diritti fondamentali entrano dunque in gioco come base giustificativa di un rimedio impugnatorio concesso sulla base di una «interpretazione costituzionalmente orientata *praeter legem*», come sottolineato dal decreto presidenziale, sempre III sezione, n. 2294/2020. Decreto, questo, che applica il principio prima esposto arrivando a concludere per l'inammissibilità dell'appello cautelare perché si è di fronte ad «un ordinario e temporaneo pregiudizio economico a fronte di una ordinanza comunale», e non alla possibile perdita definitiva di un bene della vita direttamente tutelato dalla Costituzione¹⁵; non ricorrono, pertanto, le ragioni eccezionali atte a giustificare la deroga alla regola della non impugnabilità posta dall'art. 56, comma 2, c.p.a. Regola

avvalsa della facoltà di presentare le note, dispone la rimessione in termini in relazione a quelli che, per effetto del secondo periodo del comma 1, non sia stato possibile osservare e adotta ogni conseguente provvedimento per l'ulteriore e più sollecito svolgimento del processo. In tal caso, i termini di cui all'art. 73, comma 1, del codice del processo amministrativo sono abbreviati della metà, limitatamente al rito ordinario". Semplificando, si può dire che l'art. 84, comma 5, interpretato alla lettera, autorizza il giudice a rinviare la trattazione della causa solo per consentire il contraddittorio scritto di cui all'art. 73 c.p.a. (impedito dalla sospensione dei termini predisposta dal 8 marzo 2020 e fino al 15 aprile 2020), senza accordare alla parte la facoltà di chiedere un differimento al fine di potere discutere oralmente la causa. Nelle citate ordinanze nn. 2538 e 2539/2020, il Consiglio di Stato, pur riconoscendo che «il processo amministrativo, a differenza del processo penale, non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso "forte", ben potendo il confronto tra i litiganti e con il giudice avvenire in forma meramente cartolare», osserva che del citato art. 84, comma 5, deve darsi un'interpretazione in senso costituzionalmente conforme. Avremmo altrimenti un contraddittorio cartolare «coatto» – frutto non di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti – che risulterebbe lesivo dello statuto costituzionale del giusto processo (il rito emergenziale come «"segreta", refrattaria ad ogni forma di controllo pubblico»). Concludono le ordinanze cit. che l'art. 84, comma 5, d.l. n. 18/2020 va interpretato nel senso di consentire alle parti la facoltà di chiedere e ottenere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale, in presenza di due presupposti: a) «il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo»; b) «la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione potendosi pur sempre, nel rito cartolare, con la *necessaria prudenza*, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale (e ciò in particolare nella fase cautelare, mentre la pretermissione della discussione nel giudizio di merito va valutata anche alla luce di potenziali effetti irreversibili sul diritto di difesa che andrebbero per quanto possibile evitati, stante la necessaria temporaneità e proporzionalità delle misure processuali semplificate legate alla situazione pandemica "acuta")»: corsivo ns. Rileva C. VOLPE, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, cit. che le ordinanze nn. 2538 e 2539/2020 operano «una parziale disapplicazione» dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18/2020 in nome dei principi generali dell'effettività della tutela e del giusto processo.

¹⁵ La denunciata lesione trae origine da un divieto temporaneo di distribuzione automatica di prodotti alimentari, stabilito con ordinanza sindacale, che il decreto cautelare ritiene giustificato «dalla necessità di prevenzione avverso la più grave forma di epidemia sanitaria che l'Italia abbia conosciuto dal dopoguerra». V. anche il negativo decreto cautelare del Presidente del Tar Calabria, sez. I, n. 270/2020.

che risulta affermata nella sua pienezza dal coevo decreto presidenziale della VI sezione, n. 1343/2020, dove si osserva che la presenza del rito monocratico “anomalo” o “spurio” introdotto dal decreto-legge n. 11/2020 non sembra scalfire «la tradizionale ritenuta inappellabilità dei decreti cautelari»¹⁶.

Il potere monocratico cautelare d'appello resta un rimedio eccezionale, giustificato da ragioni “forti” di non compromissione dei beni dotati di protezione costituzionale, a conferma della serietà della posta in gioco: l'equilibrio tra potere politico-amministrativo e diritti fondamentali.

4. I decreti presidenziali di rigetto: motivazione

Nel panorama delle decisioni monocratiche – per lo più di rigetto – emergono alcune linee conduttrici (e un eloquente silenzio):

a) la tutela della sanità pubblica è l'esigenza preminente; recedono nel bilanciamento le pur rilevanti istanze garantistiche delle libertà (Cons. Stato, decreto pres. III sez., n. 1553/2020, cit., seguito da Tar Sardegna, Pres. I sez., decreto n. 122/2020);

b) il rischio di sviluppi incontrollabili porta a valorizzare le esigenze di prevenzione e a giustificare prescrizioni regionali più severe rispetto al dPCM, anche se non vi è specifica motivazione di un quadro epidemiologico più grave di quello nazionale (Tar Sicilia, Pres. I sez., decreto n. 458/2020). Qualche Tar ha però cura di richiamare i dati elaborati dall'unità di crisi istituita in ambito regionale (TAR Campania, Pres. Sez. V, decreto n. 416/2020), con l'ovvia implicazione che – migliorando la situazione epidemica – la misura restrittiva dovrà essere ritirata o mitigata;

¹⁶ Il decreto presidenziale VI sez. n. 1343/2020 sottolinea che il processo cautelare, dopo il decreto “anomalo”, continua a pendere in primo grado, sicché è il giudice di primo grado, per evitare ogni sovrapposizione di giudizi, che continua ad essere competente per la conferma della modifica o la revoca del decreto; si richiama anche, sul punto, anche la nota del Presidente del Consiglio di Stato n. 1454 del 19 marzo 2020, punto 4.11. Il decreto aggiunge che in ogni caso non sono state rappresentate circostanze concrete tali da configurare l'estrema gravità ed urgenza che è il presupposto per la concessione della tutela monocratica anticipatoria ex art. 56 c.p.a. Perplesso sulla deroga all'art. 56, comma 2, c.p.a. nei decreti presidenziali cit. è M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *federalismi.it* (2020).

c) simmetricamente, un allentamento non giustificato e prematuro delle prescrizioni nazionali è stato censurato assumendo quale parametro la salute dei lavoratori (Tar Lombardia, decreto pres. I sez., n. 634/2020)¹⁷;

d) in alcuni decreti, le prescrizioni dell'ordinanza regionale impugnata sono analizzate alla luce del principio di proporzionalità, e così la situazione soggettiva di cui si lamenta il *vulnus*: qui entra in gioco la temporaneità della restrizione e il suo necessario spirare, una volta superato il picco epidemico (Cons. Stato, decreto Pres. III sez., n. 1553/2020, dopo Tar Calabria, decreto Pres. I sez., n. 165/2020);

e) vi è maggiore apertura alle esigenze cautelari in casi riguardanti i singoli e, quindi, senza un impatto collettivo (v., su atti di diffida e quarantena e d'intimazione alla permanenza domiciliare, Tar Campania, decreti pres. V sez., nn. 433 e 436/2020, di accoglimento);

f) quanto al problema della competenza, la tesi accolta è che esista un «margine per integrazioni territoriali su scala regionale in rapporto alle assai diverse situazioni del contagio e delle sue prospettive, da Regione a Regione» (Cons. Stato, Pres. III Sez., decreto n. 1553/2020). Anche il parere del Consiglio di stato del 7 aprile 2020, di cui si dirà fra breve, ammette possibili interventi in sussidiarietà verticale delle autonomie regionali, nel rispetto del quadro costituzionale e, specificamente, dei principi di adeguatezza e di proporzionalità; in questa chiave – e tenendo conto di quanto disposto dall'art. 3, comma 1, d.l. n. 19/2020 – potrebbero essere giustificate ordinanze regionali di tipo anticipatorio o propulsivo dei provvedimenti nazionali¹⁸.

Gli interventi restrittivi di ambito territoriale specifico hanno dunque superato questo primo vaglio in sede giurisdizionale, in ragione della gravità del *rischio* sanitario e finché esso perduri. Vi è un passaggio molto forte del decreto d'appello Cons. Stato, n. 1553/2020:

¹⁷ Il decreto (reperibile anche in *dirittifondamentali.it*.) sospende l'ordinanza del Presidente Regione Lombardia n. 528 dell'11.4.2020 nella parte in cui amplia le attività consentite, autorizzando il commercio al dettaglio di tutte le merci, a fronte del dPCM nazionale che limita il commercio solo a precisate categorie merceologiche ritenute essenziali o strategiche. Il Tar richiama – a sostegno dei dubbi in punto di legittimità - l'art. 3, comma 1, d.l. n. 19/2020, laddove stabilisce che le Regioni, al fine di fronteggiare specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, comma 2.

¹⁸ Cfr. G. DI GENIO, *Una ordinanza regionale covid 19 come atto di iniziativa (proposta regionale) di DPCM*, in *dirittifondamentali.it – attualità* (29.04.2020).

«per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo».

Viene così evocato il principio di precauzione: fin qui pensato in funzione di limite alle attività economiche, detto principio viene messo in opera per giustificare le limitazioni alle libertà fondamentali in una situazione d'incertezza in cui il *costo dell'errore* è così alto da giustificare un errore per eccesso, anziché per difetto, e da far sorvolare, in sede cautelare, sul tema veramente essenziale delle riserve di legge a garanzia delle libertà costituzionali e dei limiti che ne discendono sul potere d'ordinanza¹⁹.

Tema affrontato, assieme al nodo delle competenze, in una importante pronuncia consultiva del Consiglio di Stato di cui passiamo a discorrere.

5. Il focus sui diritti fondamentali: il caso Messina innanzi al Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato in sede consultiva (I sezione) è stato investito della richiesta di parere per l'avvio del procedimento di annullamento governativo straordinario, ex art. 138, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, dell'ordinanza del Sindaco di Messina 5 aprile 2020, n. 105. Detta ordinanza introduce l'obbligo per chi intenda fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina di registrarsi, almeno 48 ore prima, nel sistema www.sipassaacondizione.comune.messina.it, fornendo una serie di dati identificativi

¹⁹ Sulla necessaria proporzione tra "evento" e "misure" nelle ordinanze di protezione civile, v. Corte cost., sent. n. 127/1995, con richiamo delle sentt. nn. 201 e 100 del 1987, 4 del 1977. Anche nel caso di riserve di legge c.d. "relative", la Corte cost. ha sottolineato – con riferimento alla riserva posta dall'art. 23 Cost. – che la "relatività" della riserva non è «giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini»: sent. n. 115/2011 (red. Silvestri); detta sentenza sottolinea, poi, che i consistenti margini di regolazione delle fattispecie, concessi al potere amministrativo e ammissibili, nei limiti anzidetti, in caso di riserva di legge ex art. 23 Cost. valgono «in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione» (corsivo ns.).

personali e relativi alla località di provenienza, a quella di destinazione e ai motivi del trasferimento, e di attendere il rilascio, da parte del Comune di Messina, del “Nulla Osta allo spostamento”. Analogo obbligo è posto a chiunque intenda fuoriuscire dalla Sicilia attraverso i collegamenti navali del Porto di Messina.

Il Consiglio di Stato (parere 7 aprile 2020, n. 735/2020, su n. affare 260/2020) ritiene che l’ordinanza sia illegittima e osserva quanto segue a sostegno dell’annullamento straordinario:

- l’ordinanza sindacale impone determinati obblighi di fare a tutte le persone che intendano fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina; così facendo, si pone in contrasto con l’art. 23 Cost., che fa divieto a qualsiasi pubblica autorità di imporre ai cittadini prestazioni personali o patrimoniali se non in base alla legge: «legge che, in questo caso, certamente non sussiste»;

- viola il principio di uguaglianza, poiché introduce una irragionevole disparità di trattamento nei confronti delle persone che per motivi legittimi hanno necessità di attraversare lo Stretto, rispetto alla generalità dei cittadini sul restante territorio nazionale;

- lede la libertà personale e la libertà di circolazione (artt. 13 e 16 Cost.); si ricorda che l’art. 13 ammette, quale unica deroga alla libertà personale “inviolabile” (a parte gli atti dell’Autorità giudiziaria, nei casi e modi previsti dalla legge), provvedimenti provvisori dell’autorità di pubblica sicurezza, soggetti a convalida dell’Autorità giudiziaria e nei soli “casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge”, e che l’art. 16 ammette limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno, stabilite dalla legge “in via generale per motivi di sanità o di sicurezza” (principio ribadito anche dall’art. 120 Cost.);

- e ancora, risultano violate le attribuzioni statali esclusive in materia di ordine e sicurezza pubblici (sulla cui spettanza allo Stato, v. Corte cost., sent. n. 208/2018) e in materia di profilassi internazionale, di cui all’art. 117, secondo comma, lettera *q*), Cost. (Corte cost., sent. n. 5/2018);

- appare altresì violato il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 che, rimodulando le misure già contemplate dai provvedimenti attuativi del decreto-legge n. 6/2020, precisa, negli artt. 2 e 3, l’ambito della competenza per «possibili interventi in sussidiarietà verticale delle autonomie regionali, nel bilanciamento con i principi di

adeguatezza e di proporzionalità»; in particolare, in base all'art. 2, comma 2, d.l. n. 19/2020, i Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, ovvero eccedendo i limiti di oggetto²⁰.

La conclusione è netta: siamo in presenza di un'emergenza di carattere nazionale; nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, «vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, *soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali*»²¹.

Parole chiare e forti, che dimostrano una cosa: la tutela della collettività nella sua sfera vitale, la sicurezza e le libertà fondamentali non sono spazi separati, ma devono essere realizzati «nello stesso 'spazio' e precisamente con gli strumenti del diritto»²², nel quadro di riferimento della Costituzione.

²⁰ Tralasciando ulteriori rilievi svolti dal Consiglio di Stato, si vuole ricordare quello sulla violazione della normativa sulla protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), materia riservata alla potestà legislativa esclusiva statale (cfr. Corte cost., sent. n. 271/2005), nella parte in cui l'ordinanza «impone, senza alcuna base di legge statale, alle persone di dichiarare e iscrivere, nel sito indicato, una pluralità di dati personali riservati in funzione dell'esercizio di un diritto fondamentale di circolazione costituzionalmente riconosciuto».

²¹ Corsivo ns. Sulla base del parere del Consiglio di Stato, il d.P.R. 9 aprile 2020 (in G.U. n. 96 del 10 aprile 2020) ha disposto l'annullamento straordinario dell'ordinanza sindacale in esame.

²² E. DENNINGER, *Der Präventions-Staat*, in *Kritische Justiz*, 1988, 1 ss. e in ID., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, 42.; ID., *Dallo 'Stato di diritto' allo 'Stato di prevenzione' e l'autonomia della persona*, in V. BALDINI, a cura di, *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, 45, 47.